

論 説

憲法上の平等保障と立法目的の審査

平 地 秀 哉

- I はじめに
- II 平等保護審査基準と目的審査
- III 「立法目的」とは何か
- IV 目的審査の正統性
- V 平等保護審査のモデルと立法目的の位置付け
- VI あるべき目的審査をめざして
- VII 結びにかえて

I はじめに

憲法について書かれた著作を読んでいると、「政府の目的」や「立法目的」といった記述を目にすることが多い。代表的な例をいくつか挙げれば、まず、ある政府の行為が政教分離原則に違反するか否かを判定するために用いられる、いわゆる「目的効果基準」を挙げることができる。我が国の最高裁判所の判例によると、政府の行為は、その「目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為」であると認定された場合、政府と宗教とのかかわり合いが相当とされる限度を超え、政教分離原則違反とされる⁽¹⁾。また、国家公務員の政治的活動の制限が表現の自由の保障に違反するか否かについて、我が国の最高裁判所は、制限の目的、この目的と禁止される政治的活動との関連性、制限により得られる利益と制限により失われる利益との均衡、とい

う三点について検討する必要があるとした。⁽²⁾学説上も、表現の自由に対するいわゆる内容中立的規制について、規制の目的が重要であり、その目的を達成できる他のより制限的でない手段が存在しないことの要求を、違憲審査基準として唱えるものもある。⁽³⁾そして経済的自由に関しても、我が国の最高裁判所は、営業の自由を制限する目的が、積極的な社会経済政策上の目的か、消極的な警察的目的かによって、緩やかな審査基準と厳しい審査基準を使い分けることを明らかにしている。⁽⁴⁾

このように、憲法上様々な領域において語られる「政府の目的」や「立法目的」は、憲法訴訟においていかなる役割を果たしているのだろうか、また、果たすべきなのか。憲法訴訟におけるいわゆる目的審査の役割についての考察、これが本稿の主題である。そしてその出発点として、目的審査への関心がもっとも先鋭に現れているアメリカ合衆国の平等保護条項下での審査基準論⁽⁵⁾を手がかりにして、憲法上の平等保障をめぐる目的審査の諸問題についてとりあげることにする。その理由は、憲法訴訟全般にわたるこの概念について、ひとつの小稿で網羅的な考察をすることは困難であるという消極的な理由もそのひとつではある。しかしその他にも、以下に述べるような積極的な理由がある。

我が国の判例上、平等審査の方法が確立したとされるのは、いわゆる尊属殺重罰規定判決⁽⁶⁾においてであった。⁽⁷⁾そこでは、日本国憲法14条の平等原則の趣旨が、合理的な根拠のない別異取り扱いを禁止する点にあるとの前提から、刑法旧200条の合理性を判断するために、立法目的の合理性と、目的達成手段の合理性を問うという手法が採用されたのであった。その後⁽⁹⁾も、この手法は最高裁によって踏襲されている。この手法を、後にみるアメリカ合衆国における平等保護審査基準のなかの、単なる「合理性の審査基準」と理解するか、それよりもやや厳格度の増した「厳格な合理性の基準」と理解するかは議論の余地はあるものの、学説上は全ての平等審査をこの手法で行うことに対して一般に批判的である。⁽¹¹⁾そこで多くの学説は、少なくとも14条1項後段列举事由については、次章で述べるアメリカ合衆

国における平等保護審査基準論を参考として、立法目的の重要性や、当該立法とその目的との関連性をさらに厳しく審査すべきであるとしている。⁽¹²⁾ 本稿は、この傾向自体に異論をはさむものではない。ただ、後にみるように、近年、合衆国においては、憲法訴訟、とりわけ平等保護審査における目的審査への関心がたかまり、目的審査の有する問題点が明らかにされ、さらにそれを克服する試みもなされている。これに対して、我が国では、合衆国型の審査基準を採用すべきとする際に、どれだけ目的審査の意義や問題点が意識されているかが必ずしも明らかではないように思われる。⁽¹³⁾ 近年の合衆国における目的審査をめぐる議論は、我が国の平等審査に関する議論が、合衆国を参照してきただけに、素通りすることのできない論点を提起しているのではないだろうか。このような関心から、本稿は、我が国における平等審査をめぐる議論がより実りあるものとなるための議論の素材を提供することを目指すものである。

II 平等保護審査基準と目的審査

(1) 現在まで、アメリカ合衆国連邦最高裁判所(以下、連邦最高裁)は、合衆国憲法修正第14条に定められた平等保護条項⁽¹⁴⁾をめぐる訴訟の際に用いられる、争われている立法の性質に応じた三段階の審査基準⁽¹⁵⁾を確立している。⁽¹⁶⁾ それによると、通常のケースにおいては、「合理性の審査(rational basis review)」基準が適用されるが、当該立法が、人種等に基づいた「疑わしい分類」を用いている場合や、言論の自由等の「基本的権利」に関わる場合には、「厳格審査(strict scrutiny)」基準が適用され、性別等に基づいた「準・疑わしい分類」を用いている場合には、「中間審査(intermediate scrutiny)」基準⁽¹⁷⁾が適用される。具体的には、当該立法について、合理性の審査基準においては、それが正統な(legitimate)目的に合理的に(rationally)関連したものであるかが問われ、⁽¹⁸⁾ 中間審査基準においては、それが重要な(important)目的の達成に実質的に(substantially)関連

しているかが問われ、最後に厳格審査基準においては、どうしても必要な⁽¹⁹⁾ (compelling) 目的の促進のために厳密に仕立てられている (narrowly tailored) かが問われる⁽²⁰⁾。このように、これらの審査基準は、いずれも、ある立法の目的の重要性と、その目的とそれを達成するための手段としての当該立法との関連性の審査というかたちで表現される。これらが「三段階」であるのは、要求する「重要性」や「関連性」の程度であり、合理性の審査基準、中間審査基準、厳格審査基準の順に要求が厳しくなっていく。

(2) この三段階の審査基準のうち、合理性の審査基準と厳格審査基準は、その硬直性が問題とされてきた。例えば、中間審査基準が確立される以前の1950年代・60年代には、合理性の審査基準が適用される場合、立法府の決定に対する合憲性の推定が強く働き、ほとんどの場合に合憲の結論が導かれていた。他方、厳格審査基準が適用される場合には、合憲性の推定が排除され、むしろ違憲の推定が働いているとも思えるほどに、ほとんどの場合に違憲の結論が導かれていた。つまり、審査基準の選択がなされた時点で結論が決定される傾向が顕著となっていたのである⁽²¹⁾。

伝統的な合理性の審査は、争われている立法に規定された手段によって達成されると考えられる、正統な目的を裁判所が創造することによって、目的と手段の合理的関連性を認定するという、「最小限度の合理性 (minimum rationality)」審査のかたちをとっており、極端な司法の無干渉を招来した⁽²²⁾。しかしその後、1970年代に入って、従来の合理性の審査よりもいくぶん厳格な審査がなされるべきとする判決が出されるようになった。これが「厳格な合理性の基準」と呼ばれるものである⁽²³⁾。これには、手段指向型のものと目的指向型のものがあるという⁽²⁴⁾。前者は、立法目的の正当性を承認した上で当該立法に規定された手段がその目的を実質的に促進するものであるかを問うものである。他方、後者は、裁判所が立法目的を想定することなく、明示された目的、ないし真の目的を探求し、それに照らして手段の合理性を問うものである。しかしながら、いずれの手法にしても、目的審査の明確な手法を明らかにしない限り、その説得性に疑問が生ず

る。まず、手段指向型の手法については、裁判所が立法府の選択した目的に手を加えることは立法権の篡奪であるという目的審査を避ける理由は傾聴に値するが、「法律の目的が多様に語られ用意に確定しがたいにもかかわらず、そうした性格をもつ目的を基礎として手段が合理的か否かを審査するならば、かつての単なる合理性の基準と比べて説得力を与える綿密度が増すものかどうか疑わしい⁽²⁶⁾」ということになる。従って、合理性の審査において手段審査を尽くすとしても、裁判所は何らかの立法目的の確定、あるいは考えられうる全ての立法目的を想定し、それらと手段との関連性の審査を行わなくてはならないことになってしまう。他方、目的指向型の手法にしても、そこでいう「真の目的」とはいかなる性格のものであり、またそれをいかにして認定するのかといったことが明確にならない限り、手段指向型の手法が避けようとした、裁判官の政治的・社会経済的信念によって国民の多数者によって支持された議会の決定を無効とすることを許してしまうという批判を免れない⁽²⁸⁾。

厳格審査基準に関しても、目的審査の手法の再検討が必要となっていると考えられる。かつては、立法府の選択した目的の審査を避けるために、ある一定の外形を有する立法（例えば、人種に基づいた区別を定めた立法）について、違法な目的を反映しているはずであるとの推定を負わせることによって、ほとんどの事例において違憲判決を下してきた。この推定がうまく機能する間は問題が生じないのかもしれないが、近年のアファーマティブ・アクションのように、本当に人種に基づいた区別が必要とされているのではないと思われる場合にも、その目的が十分に吟味されないという危険性が存在する⁽³⁰⁾。この点で、1995年の Adarand 判決において連邦最高裁が、「我々は、厳格審査が『理論上は厳格だが、実際は致命的』であるという考えを一掃したいと望んでいる⁽³¹⁾」として、立法目的の審査に関して差し戻しの判決を下したことは重視されてしかるべきであろう。

これらに対し、中間審査基準は、合理性の審査基準や厳格審査基準が有する結論指向的な硬直性という問題点を背景として登場したものであり、⁽³²⁾

柔軟な解決を導きうるものである。ところが、この長所は同時に短所にもなりうる。中間審査基準は、審査基準の決定の時点では、権利保有者に有利なのか、政府に有利なのかという結論の方向性を定めただけに、先にみた手段指向型の厳格な合理性の基準が避けようとした立法権の篡奪という批判を免れない⁽³³⁾。しかし他方で、中間審査基準は、平等保護をめぐる訴訟において、個人の平等保護の権利と政府の目的とが、それぞれ確定され比較衡量されるという、三段階の審査基準が本来表現していることを明確にしたという功績を無視することはできないであろう⁽³⁴⁾。

(3) 以上のことから、アメリカ合衆国において現在までに確立された、合理性の審査基準、中間審査基準、厳格審査基準という三段階の審査基準は、そのいずれについても、目的審査の再検討が必要となっているといえるのではないだろうか。そこで次章以下では、そもそも目的審査における「立法目的」とは何か、裁判所が立法目的を審査することの民主的正統性は存在するのか、結論指向的ではない平等保護分析とはいかなるものであり、そこにおいて立法目的はどのようにして認定され、いかなる役割を果たすのか等の諸問題について、順次検討してみたい。

III 「立法目的」とは何か

1 「立法目的」の意味

(1) 先述のように、ある立法の平等保護条項への適合性が問われる場合には、三段階の審査基準のいずれが適用されとしても、目的審査がなされることになる。では、そこで審査される「立法目的」とはいかなるものなのであろうか。

平等保護条項の三段階の審査基準において審査される「立法目的」とは、一言でいえば、「その法律が達成しようとしている結末」⁽³⁵⁾のことである。従って、目的審査においては、「立法者は、その法律によって何を達成しようとしていたのか」が問われることになる。もっとも、この問いに

対して、立法に規定された手段でこたえることはできない。手段審査において目的と手段の適合性が問われるのは、手段そのものとは異なった何らかの目的の存在を前提としているはずだからである。⁽³⁶⁾従って、例えば、ある立法が公共施設の利用において黒人と白人とを区別していた場合、その目的審査で問われるのは、「その区別によって何を達成しようとしたのか」という立法の理由や根拠であって、区別すること自体は目的たりえないのである。

合衆国の判例上、立法の「目的」は、“interest”として表されることが最も多いと思われる。その他にも、日本語で「目的」という場合に最も近い“purpose”、更に“objective”、“motive”、“intent”、“goal”、“end”等、様々な表現が用いられているが、実際にはそれほど差異はなく、互換的に用いられていることが多い。⁽³⁷⁾また管見の限り、一般に学説上も同様の傾向にあると思われる。⁽³⁸⁾要は「なぜその法律を制定したのか」ということであり、定義としてはこれで十分なのかもしれない。

しかしながら、これらの互換的に用いられている諸々の表現のなかに、比較的主観的な意味をもつ表現(“motive”、“intent”)と、比較的客観的な意味をもつ表現(“objective”、“goal”)とが同時に存在している点は注意が必要であろう。例えば、あるスカーフ工場で、スカーフが製造されている場合、その「目的」は通常は「装飾」と考えられる。しかし実際には、その工場でスカーフ作成にあたっていた従業員は、そのスカーフが絞殺に使われるよう考えていたとする。この場合に、“motive”や“intent”で表されるのは後者の従業員の主観的要素なのではないのだろうか。従業員の主観的要素をも含めて「目的」を理解すべきなのであるだろうか。ここで「スカーフ」を「法律」に、「工場」を「立法府」に置き換えた場合、「立法目的」に主観的要素をも含めて理解すべきか、ということになる。

(2) かつてFrankfurter 裁判官は、立法の目的を認定する際には、文言を他の外的な証拠とあわせて理解することによって行うべきであるとして、「我々は何らかの主観的なものに関心を寄せるべきではない。我々

は、立法者や草案作成者、委員会の成員らの心情を掘り下げるべきではない⁽³⁹⁾」としていた。先ほどのスカーフの例でいえば、スカーフの目的は装飾であり、目的の認定にあたって従業員が製造時に何を考えていたのかを問う必要はない、ということになる⁽⁴⁰⁾。

しかしながら、「purpose」と「motive」や「intent」は、そう画然と区別できるものではない。まず、「purpose」=客観的、「motive」=主観的とする区別は、かつて連邦最高裁が立法の「motivation」を憲法訴訟上無関係⁽⁴¹⁾であるとしたのに対して、その連邦最高裁の意向を汲みながらもなお「purpose」を有用なものとして救い出そうとした文脈で理解されるべきである⁽⁴³⁾。しかしもはや連邦最高裁は、そのような立場を採っておらず、先述のように、両者を互換的に用いている。また「intent」に関しても、これが立法の意味(meaning)という意味で用いられる場合、つまり、そもそも立法の文言が、何を意味しているのかを確定する際に言及される場合は、立法目的とは区別されるべきである。しかしながら、「intent」が、立法の内容は明確であるが、立法者はそれによって何を達成しようとしていたのかを問う際に用いられる場合は、立法目的と区別される必要はない⁽⁴⁴⁾。

(3) このように、「立法目的」とは、純粹に客観的なものではなく、「立法者が達成しようとした結末」という意味で、ある程度立法者の主観的な意思を含めた意味で理解することができる⁽⁴⁵⁾。そもそも、「物」は「目的」をもちえない。「目的」という概念自体、意思ないし知性を前提としているのである。ところが、もしそうであるならば、立法府は多くの個人からなる集合体であって、そこに主観的なものが存在しうるのか、ということが問題とされなければならない。この問題は、第一に、そもそも政治機関であるに過ぎない立法府に自然人と同様の意思を認めることができるのか、第二に、もし立法府に意思を認めることができるとしても、多くの個人からなる合議体はひとつの意思をもちうるのか、という二つの問いに分けることができる⁽⁴⁶⁾。

第一の問いに対しては、次のようにこたえることができよう。仮に思考⁽⁴⁷⁾

能力を有する行為主体のみが目的を形成することが可能であるとしても、立法目的を問題にすることは、依然としてメタファーとして有用である。⁽⁴⁸⁾ というのも、法の世界においては、同じ行為であってもそれが行われた理由によって法的取り扱い⁽⁴⁹⁾は異なりうる。そのため、自然人がある行為を行った場合に、「なぜそれを行ったのか」を問うことは重要である。従って、立法活動も、ひとつの行為とみなし、自然人の場合と同様の手法で、立法府は「なぜその法律を制定したのか」を問うことも意義のあることである。またさらに、法人の法的取り扱い⁽⁵⁰⁾を考慮すれば、このようなメタファーは決して新奇なものではない。

次いで第二の問いに関しては、確かに、個々の議員はある立法に賛成票を投じる際に、様々な心情を抱いているであろう。例えば、ある議員は、単に再選に有利であるから投票したのかもしれないし、他の議員は、賛成票の見返りに自らが提案した法案の賛成票をとりつけるために投票したのかもしれない⁽⁵¹⁾。しかし、これは「投票によって達成しようとした」ことかもしれないが、「その立法によって達成しようとした」ことではない⁽⁵²⁾。とするなら、このような「その立法によって達成しようとした」こととは無関係な個々の議員の心情はそもそも立法目的と無関係なものと考えることができよう。では、仮に「その立法によって達成しようとした」ことについて、個々の議員によって相違があった場合はどうか。この点は第一の問いに対する応答に関連するが、立法目的は立法府全体のひとつの意思というメタファーであり、必ずしも個々の立法者が投票の際に抱いていた心情の正確なカウントは必要としていないと考えることができる⁽⁵³⁾。また先述のように、立法目的は必ずしも主観的な要素だけからなるものではない。もっとも、後述するように、議員の投票理由は、立法目的の認定においてそれだけで決定的な役割を果たすものではないにしても、他の様々な証拠と⁽⁵⁴⁾総合して判断されるひとつの証拠ではありうる。

2 「立法目的」の認定

以上のように、「立法目的」は、客観的要素と主観的要素からなる複雑な性質を有する。もっとも、実際の訴訟においては主観的要素といっても客観的な証拠から推定することになるから、結局、「目的」の認定にあたり、いかなる証拠に依拠するかという目的認定の手法が問われることになる。⁽⁵⁵⁾

立法目的を認定するに際して、最も有力な証拠は、その法律自身による明示的な目的の宣言である。原則的には、この目的を裁判所は最大限尊重するべきであろう。しかし、この明示された目的に、他の証拠を排除するような決定的な役割を与えることはできない。というのも、明示された目的を絶対的に尊重すると、立法府が公共の利益に適ったもっともらしい目的を明示することによって、その背後に存在する他の目的を隠蔽してしまうことを誘発する可能性がある。そこで他の証拠が必要となるわけであるが、次いで有力な証拠は、立法過程における記録である。特に、委員会報告は、その法律を起草するにあたって様々な調査や検討を行ったものであるから、立法目的認定の有力な証拠となりうる。⁽⁵⁶⁾ また本会議での議事録は、その法律を提案した理由、あるいは賛成票を投ずる理由を議員が明らかにしているものであり、これも有力な証拠となる。しかしながら、委員会報告について全議員が習熟している保証はないし、議員の本会議での発言についてもそれがどれだけ他の議員に影響を与えたのかを確定することはできない。従って、これらの立法過程の記録にも、決定的なウエイトを置くことはできないであろう。またその他に、法律の適用による結果も、立法目的認定の証拠となる。この場合に結果というのは、法律の規定そのものの実現ではなく、その実現によって何が生じたか、ということである。ただ、この法律適用の結果は、それを直ちに目的とみなすことはできない。これは何らかの目的の存在を示唆するという意味で、目的認定の出発点ではあるが、そこからさらにそれが本当に立法の目的であるか否かを、他の証拠によって確定しなければならぬ。⁽⁵⁷⁾ これら以外にも、歴史的⁽⁵⁸⁾ 背景や、立法前後の社会的状況等も立法目的認定に資する証拠であるが、

これらの資料は、前述の資料に比べて、それほど重要なウエイトを置くことはできないであろう。

目的審査における立法目的を論ずるためには、そこでいう立法目的とはいかなるものか、また、立法目的はいかにして認定するのか、といったことがまず最初に問われなければならないはずである。にもかかわらず、以上の考察から明らかなように、これらの問題は、実際には最も困難な問題である。結局、立法目的は、様々な要素からなる複合的な性質を有し、それは様々な証拠に依拠しながら、確定するしかないようである。⁽⁵⁹⁾ 確かに、立法目的をあまりに狭く理解し、その認定の際に依拠すべき証拠を限定してしまうと、適切な立法目的の認定を妨げることも考えられるから、この結論自体は不可避なのかもしれない。しかし他方で、立法目的をこのように理解すると、その認定の際に裁判所の裁量が大きくはたらく余地を残してしまう。とするなら、国民の選択によって選任された立法府の政策的判断としての立法目的を、裁判所が書き換える可能性すら生ずる。はたして、裁判所がこのように捉えどころのない立法目的について審査することは、民主的正統性を有するのであろうか。⁽⁶⁰⁾

IV 目的審査の正統性

(1) かつての「最小限度の合理性」の審査を克服べく登場した、1970年代の連邦最高裁における「厳格な合理性の基準」は、目的指向型と手段指向型に分けられることは第II章で述べた通りである。当時の判例を分析した Gunther は、手段審査中心の合理性の審査を支持していたが、その主な理由は、裁判所は、本来立法府が行うべき立法目的の正統性や重要性についての究極的な価値判断を回避することが、民主的正統性の観点から望ましい、という点にあった。⁽⁶¹⁾ この Gunther の指摘は、本稿のように、立法目的を“motive”や“intent”までも含む広い概念として理解した場合、無視しえないものとなる。というのも、このような立法目的を審査す

る場合、通常考えられている目的審査よりも深く立法者の有する背後の判断にまで立ち入ることになるから、立法権の権限内に入り込む余地が大きくなり、目的審査の正統性が深刻に問われることになるのである。⁽⁶²⁾

平等保護に限られてはいないが、憲法訴訟における目的審査についての Bhagwat の研究によると、目的審査を新たに活性化させようとする場合、裁判所は、立法目的の審査を行うことについて、そもそも民主的正統性に欠けるという議論とともに、その能力も欠いているという議論にもこたえなければならないという。⁽⁶³⁾ 後者から順に検討してみよう。

(2) 裁判所は目的審査を行う能力に欠ける、という議論の背景には、手段審査は、目的審査に比べて、経験的で証拠に基づく問題であり、伝統的な司法の能力の範囲内に含まれるものであるから、価値判断に影響されにくい中立的な審査である、という前提がある。⁽⁶⁴⁾

しかしながら、まず第一に、手段審査の方が目的審査よりも経験的で証拠に基づく、とは必ずしもいい切れない。例えば、あるひとつの立法目的を達成するために、いくつかの手段がある場合に、立法府は、そのうちどれが効果的か、それら自体のコストや副次的な損害や利益はどれだけ予想されるか、といった複雑な価値判断を行っているはずである。そうした判断の結果選択された手段を裁判所が審査する場合、裁判所にも立法府と同様の判断が要求されるであろう。すると、手段審査が立法府の選択についての究極的価値判断を含まないとは必ずしも断定はできないことになる。従って、手段審査を指向する議論は、裁判所の能力を根拠とすることはできないと考えられる。⁽⁶⁵⁾

また、第二に、手段審査が目的審査に比べて中立的であるとも一概にはいい切れない。Fallon が指摘するように、現在通用している憲法上の価値を保護するための理論的テストは、政府行為の目的への大きな関心を反映しており、外見上それを問題にしていなくても、直接政府行為の目的を審査することの代替理論として機能している。⁽⁶⁶⁾ 例えば、かねてより主張されている、手段審査を、政府が主張する立法目的についての審査を避け、

それを一応承認しながら、その目的と手段との適合性を厳格に問うことによって、許容しえない目的を洗い出すために行われるべきとする手法⁽⁶⁷⁾についても、そこには暗黙のうちに立法目的に関する価値判断が含まれている。既にそこには、一定の類型の立法について、その目的は憲法上禁じられた目的である可能性が高いというかたちで、立法目的の認定と、その立法目的の正統性ないし重要性の判断が存在していると考えられるのである。⁽⁶⁸⁾

(3) 以上のことから、裁判所の目的審査を行う能力の欠如を根拠とした議論はそれ自体根拠が弱いということが明らかとなった。しかし、裁判所が目的審査を十分に行うことができるからといって、それをなすべきかどうかという、本来の意味での民主的正統性という問題は残されたままである。繰り返しになるが、とりわけ、本稿のように、立法目的の概念を広く理解し、その認定に際しても様々な証拠から認定しようとした場合、裁判所が認定しうる立法目的は無数に存在しうることになり、そのなかからひとつの立法目的を選び出して審査するための理論を提供することは難しい。⁽⁶⁹⁾従って、このような目的審査は、Bickel 的な「反多数決主義という難題」⁽⁷⁰⁾に正面からぶつかることになる。

この帰結は否定しがたい。では、裁判所は、目的審査を全て放棄すべきなのだろうか。確かに、無制限な裁量を許すような、裁判所による立法府の判断への侵入は受容できない。しかしながら、Gottlieb が指摘するように、およそ司法審査の存在を容認する理論は全て、政治部門の価値判断と⁽⁷¹⁾同程度の重要性をもって、個人の権利の存在を承認しているはずである。というのも、合衆国憲法は、「多数者の意思による効果的な統治」と、「多数者の統治からの個人の権利の保護」という、相反するふたつの原理からなる「マディソンのジレンマ」を調整するルールとして存在しており、その解決は憲法訴訟の中心的課題である。⁽⁷²⁾従って、裁判所は、政治部門の価値判断を自由に放任することによって、多数者の意思による少数者の権利の侵害を放置してはならないし、少数者の権利主張を容認しすぎることによって多数者の統治する権利を阻害してはならない。このように考える

と、目的審査の正統性の問題にこたえるためには、立法目的と個人の権利(本稿の関心でいえば平等保護)とを、憲法訴訟の枠組みのなかでどのように位置づけ、調整すべきかを模索する必要があるといえよう。

V 平等保護審査のモデルと立法目的の位置付け

あまりにも自明のことかもしれないが、平等保護条項のもとでの典型的な訴訟の一例をあげれば、通常は次のような経過をたどる。ある連邦なり州の法律の規定が、何らかの規準に基づいて市民の間に区別を設けていた。ある市民が、その法律によって不利益を受けたとして、平等保護条項に基づいて、裁判所に異議を申し立てる。手続的な訴訟要件をクリアすれば、いよいよ実体的な審理に入る。連邦裁判所や州裁判所の様々な審級を経た後、連邦最高裁に上訴がなされ、そこでの手続的要件もクリアして、このケースは最終的に連邦最高裁で争われることになる。そこで連邦最高裁は、差し戻し等ではなく、その州法は平等保護条項に違反する、あるいは違反しないとの判決を下す。実際は更に詳細な経過をたどるであろうが、大きく間違っていないであろう。

さて、連邦最高裁によって、その法律が平等保護条項に違反する、または違反しない、という判決が下されたとして、その場合、その市民の平等保護の権利はどのように扱われたことになるのであろうか。仮にその法律が平等保護条項に違反しない、という判決が下されたとする。その場合、その市民の平等保護の権利は、本件ではそもそも問題とならなかったのだろうか。それとも、その法律によって平等保護の権利は侵害されたが、それが結局正当化された、ということなのだろうか。

1 平等保護審査のモデル

Sager よれば、平等保護条項のもとでの「州の利益のテスト」は、次のように定式化できるという。それは、「X という性質を有する法律は、重

要度 Y の州の利益と、Z 程度の関連性を有していない限り、憲法違反である」というものである。Sager は「利益(interest)」と表しているが、この定式からもわかる通り、これは本稿でいうところの「目的」にあたる。例えば、X に「人種に基づく区別」、Y に「どうしても必要な」、Z に「厳密に仕立てられた」という言葉を代入すれば、これは厳格審査基準を表すことになる。また X に「性別に基づく区別」、Y に「重要な」、Z に「実質的な」を代入すれば中間審査基準、X に「経済的利益に関する区別」、Y に「正統な」、Z に「合理的な」を代入すれば、合理性の審査基準を、それぞれ表すことになる。では、この定式にいう「重要度 Y の州の利益と、Z 程度の関連性を有していない限り」という条件節は、何を意味するのであろうか。Sager によれば、これには二通りの意味が考えられるという⁽⁷⁴⁾。第一に、「州の利益のテスト」は、憲法上の害悪を構成する政府行為が正当化される条件を宣言するためのものであると考えられる。この場合、平等保護の審査を引き出す X という性質を有する法律は常に害悪であるということになり、Y と Z からなる条件節は、発生した害悪を正当化する条件を示していることになる。本稿では、このモデルを「正当化モデル」と呼ぶことにする。第二に、このテストは第一の意味とは全く異なっており、憲法上の害悪が発生する条件を記述することによって、憲法上の害悪を定義するルールとしても機能する。この場合は、X という性質を有する法律であっても、Y と Z からなる部分の条件を満たしている限り、憲法上の害悪を発生させてはいないことになる。本稿ではこれを、「憲法規範確定モデル」と呼ぶことにする。

当然のことながら、考えられうる平等保護審査のモデルは、これらふたつのモデルに限られるわけではないし、それぞれに難点も抱えているが、考察の出発点としては十分であろう。そこで次節以下では、そういったそれぞれのモデルの問題点も整理しながら、あるべき目的審査の位置付けについて考察を進めることにする。

2 正当化モデル

先述のように、平等保護審査の正当化モデルにおいては、YとZからなる条件節は、平等保護侵害を正当化する条件を示していることになる。このモデルにおいては、立法目的は、平等保護違反の正当化根拠として機能する。とするならば、「Xという性質を有する法律」は、それ自体だけを取りあげれば、既に平等保護条項違反でなければならないはずである。では、「Xという性質を有する法律」は、なぜ平等保護条項違反なのであろうか。このモデルが有効に機能するためには、平等保護の権利について一定の定義を前提としていなければならないのではないだろうか。

Sager のいう「州の利益テスト」にいう、YとZからなる条件節を、前半部分の「Xという性質を有する法律」から切り離して理解するのが、Faigman のモデルである。このモデルは、平等保護条項に限らず、司法審査一般についてのモデルであるが、それによれば、司法審査のプロセスは、「定義プロング(definition prong)」と、適用プロング(application prong)⁽⁷⁵⁾ からなるという。定義プロングにおいては、裁判所によって、憲法の意味(meaning)が定義される。具体的には、裁判所は、憲法上の権利が侵害されているか、そしてどれだけ深く侵害されているかを決定する⁽⁷⁶⁾。続いて、適用プロングにおいては、裁判所は、定義プロングで決定された権利侵害の程度に応じて、その侵害が正当化されるか否かを決定するために、政府による侵害の理由について審査する。そこではじめて、政府行為の目的と、その目的の達成とその行為との関連性が審査されることになる⁽⁷⁷⁾。もちろん、権利侵害の程度が大きければそれだけ、政府には重い正⁽⁷⁸⁾当化責任が課せられることになる。

この Faigman のモデルに明らかなように、権利の侵害が正当化されるためには、それ以前に、権利の侵害が決定されていなければならない。もしそうではなく、正当化モデルは、平等保護の権利それ自体ではなく、何らかの法的利益が侵害されている場合に、それと立法目的を衡量することによって、その立法がその利益に関して正当化されるか否かを判断するも

のであるとするならば、後述する第三のモデルであるbalancingモデルとほぼ同様に理解すべきことになるう。

では、あくまでも純粋な正当化モデルにこだわるならば、権利の定義はどのようにして行われるべきなのだろうか。実は、この点こそが、従来の憲法理論が様々なかたちで議論してきたことであり、到底ここでそれに回答することはできない⁽⁷⁹⁾。しかし、ここでは以下のような指摘をするだけで十分であろう。

平等保護の権利について多様な理解が市民の間に存在する社会において、そもそも平等保護の権利の実体についての定義が可能なのだろうか。有色人種に対する典型的な差別の問題がほぼ唯一の平等保護条項の対象として明確であった時代はもはや過去のものである。現代では、更に、同性愛は平等保護条項で保護されるか、ポルノグラフィを性差別として規制するのは平等保護条項に反するか、あるいは、アファーマティヴ・アクションは平等保護条項に反するか、等といったような点について、市民間で理解の相違が存在し、しかもそのいずれもが一応の理由をもっており、人種的偏見のように簡単に退けることはできない。このような「合理的不一致」が存在する状況のなかで、仮に平等保護の権利の定義が可能であったとしても、それを裁判所が行うべきなのだろうか⁽⁸⁰⁾。市民間に多様な権利の理解が存在するなかで、裁判所があるひとつの権利の理解を宣言してしまうならば、それは政治部門を飛び越えて直接に多数の市民の意思に反するという意味で、「反多数決主義的という難題」を一層深刻なものにする恐れすら存在する。従って、正当化モデルが機能するとしたら、それは深刻な理解の対立が存在しない、一定のコンベンショナルな権利の理解を前提にしている場面、Sunsteinの表現を借りるならば、「憲法の核」に関わる場面⁽⁸¹⁾に限定されるべきではないだろうか。

3 憲法規範確定モデル

憲法規範確定モデルにおいては、平等保護の権利はどのように位置付け

られているのだろうか。Sager 自身は、このモデルについて、政府行為の規範的境界を確定するためのものであって、憲法上の価値の損失は前提としていないとしている。⁽⁸²⁾これを額面通りに受けとるならば、このモデルでは、政府行為の規範的境界以外は何も決定されていないことになる。では、政府行為の規範的境界と平等保護の権利とは、いかなる関係にあると考えるべきだろうか。これには三通りの理解が考えられる。

第一に、Sager の説明に従って、このモデルにおいて定められた政府行為の規範的境界は、平等保護の権利とは全く無関係であると理解するとする。しかしながら、この理解に従うと、先述の正当化モデルと同様の問題に直面する。というのも、Sager は、このモデルが当てはまる典型的な例として、合理性の審査基準を挙げているが、これは典型的な一例ではなくて、⁽⁸³⁾実はこのモデルが当てはまるのは合理性の審査基準止まりなのではないかと考えられるのである。合理性の審査基準のもとにおいては、政府行為は、正統な目的に合理的な関連を有していなければならない。しかしこの要求は、あらゆる政府行為に要求される最低限の要件であって、政府の権限が認められるための要件に過ぎない。先述の厳格な合理性の審査基準や、中間審査基準、厳格審査基準において、最低限の合理性以上の要求が課せられているのは、一応権限内にある政府行為であっても、平等保護条項に違反する場合が存在することを示している。仮に、高められた審査基準が適用されて違憲とされる場合にはその限りで政府権限の範囲が縮小されていると考えるとしても、基準の振り分けの役割はある法律が有する「X という性質」が負うことになるから、様々な X はそれぞれ政府権限を縮小させる何らかの憲法上の損失を意味すると理解しなければならない。そのためには、「州の利益テスト」それ自体とは別に、X に憲法上の損失という意味を与えるための何らかの実体的な平等保護の解釈が前提とされなければならないことになるのではないだろうか。⁽⁸⁴⁾

第二に、憲法規範確定モデルにおいて確定される政府行為の規範的境界が、平等保護の権利の境界と一致していると考えれば、このモデル

は、政府行為の規範的境界と同時に、平等保護の権利も定義していることになる。つまりこの場合、「州の利益テスト」適用の結果、保護されたものが平等保護の権利とされることになる⁽⁸⁵⁾。しかしながら、もしこのテストが憲法規範の確定というかたちで一般的原理の確立を目指すものであるとすれば、この結論には重大な問題が伴う。というのも、この理解に従うとすると、「重要度 Y の州の利益と、Z 程度の関連性を有していない限り」という条件節は、立法府の権限と平等保護の権利についての一般的原理を定義するために用いられることになる。しかしこれは、先述の「マディソンのジレンマ」の調整という課題と相反することになる。「マディソンのジレンマ」は、「多数者の意思による効果的な統治」という原理と、「多数者の統治からの個人の権利の保護」という原理との相克であった。ここで立法目的は、明らかに前者の原理に属する要素である。そして平等保護の権利は、後者の原理に属する。従って、この「マディソンのジレンマ」を真剣に受け止めるならば、一方の原理に属する立法目的を、他方の原理に属する平等保護の権利を定義するために用いてはならないはずである⁽⁸⁶⁾し、その逆もまたしてはならないはずである。

そこで最後に、憲法規範確定モデルにおいて定義される政府行為の規範的境界は、平等保護の権利の境界とは一致しないと理解した場合はどうか。この場合でも、権利の定義が政府行為の規範的境界の定義とは別に必要となる。しかし、先述のように、平等保護の権利について「合理的不一致」が存在する社会において、権利の定義は、誰もが合意しうる核心的な内容に限られる。加えて、政府行為の規範的境界の定義は、最低限の政府行為の権限に止まる。従って、両者の間のグレーゾーンは、大きく広がることになる。だからといって、裁判所は、そのような不確定な状況のなかで個々の事件について決定を下していくという任務を放棄することはできない⁽⁸⁷⁾。そこで、純粋な正当化モデルや、平等保護の権利とは無関係な憲法規範確定モデルのように平等保護の権利についての一般的原理を前提とせず、かつ平等保護の権利と立法権限についての一般的原理の確立を目指す

憲法規範確定モデルのいずれとも異なったかたちで、ある法的利益ないし価値の損失と、一応正統な権限内にある政府行為の理由ないし根拠としての立法目的とのバランスングにより当該訴訟について決定を下すというモデルが第三のモデルとして浮かび上がってくることになる。⁽⁸⁸⁾

4 バランシングモデル

(1) 平等保護審査が、立法権限の存在の有無や平等保護条項の核が問題となる場面を除いて、バランシングモデルとして理解されるとすれば、「X という性質を有する法律は、重要度 Y の州の利益と、Z 程度の関連性を有していない限り、憲法違反である」という「州の利益テスト」はどのように理解されるべきであろうか。

まず、「X という性質を有する法律」という部分に関しては、これは従来、「重要度 Y の州の利益と、Z 程度の関連性を有していない限り」という憲法に適合するための条件の厳緩を振り分ける役割を果たしてきた。例えば、X に「基本的権利に関わる」や「疑わしい分類を用いている」が当てはまれば最も厳しい条件が要求され、「準・疑わしい分類を用いている」が当てはまればそれに次いで厳しい条件が要求される。しかしこれをバランシングモデルとして捉えるならば、ある立法が正当化されるための条件は、どのような利益が問題となっているかによって変化することになるから、ある立法で用いられた区別の規準自体はその条件に影響を与えることはないと考えられる。従って、「X という性質を有する法律」における X は、ある立法における市民間の区別が、どのような個人の利益をどれほど制限しているのかを示すものであり、それに応じて正当化の条件を定めるものと理解されることになる。そしてここでの X は、それぞれの具体的ケースにおける様々な事実を考慮した上で決定されることになる。⁽⁸⁹⁾

一見同様の利益の制限であっても、個々の状況によってその正当化条件は異なりうるから、従来の「基本的権利」の法理も、その限りで修正されるべきことになろう。⁽⁹⁰⁾

続いて、「重要度 Y の州の利益と、Z 程度の関連性を有していない限り」という条件節については、これは問題となっている個人の利益の性質に応じた制限立法の正当化条件を表すものである。ところで、バランスングモデルにおいては、個人の利益と、その個人の利益を制限する根拠としての立法目的とが衡量されるわけであるから、ここで立法目的の重要性が問われるのは当然であるとしても、従来「手段審査」として理解されてきた関連性の要件はその衡量においていかなる位置付けを与えられるべきであろうか。従来、「手段審査」は、「目的審査」において認定された目的に照らして、立法に規定された手段がどれだけ関連しているかを問うものとして理解されてきた。しかし、第Ⅲ章において考察したように、立法目的を認定するための決め手となる材料は存在しない。そうである以上、ある立法について、その目的は無数に存在しうることになる。他方で、その立法目的に照らして関連性が吟味される立法の手段は、当該訴訟における立法に規定された手段としてある程度確定することができる。従って、立法目的と立法に規定された手段との関連性についての判断は、立法目的がどのようなものとして認定されるかに大きく依存することになる。⁽⁹¹⁾とするならば、従来の「手段審査」は、実は当該立法に規定された手段に照らして、立法目的がどれだけ関連しているかを問うものと読み替えることができる。従って、「重要度 Y の州の利益と、Z 程度の関連性を有していない限り」という条件節は、「当該立法に規定された手段と Z 程度の関連性を有し、かつ Y 程度の重要性を有する立法目的が認定されない限り」として、主に立法目的を中心とした条件節と理解されるべきことになる。

(2) しかしながら、平等保護審査が一定程度とはいえバランスングモデルとして理解されとしても、それには問題がないわけではない。司法審査におけるバランスングに対して徹底した批判を行った Aleinikoff によれば、司法審査におけるバランスングに対しては、大きく分けて内在的批判と外在的批判が指摘されうるとい⁽⁹²⁾う。

その主なものをみると、まず内在的批判として、第一に、問題とな

っている利益—平等保護のbalancingモデルの場合は個人の利益と立法目的—を比較する客観的尺度の不存在が挙げられる。これは従来、「リングとオレンジ」の問題として議論されてきた。つまり、本来異なっているものを比較することは不可能である、ということである。しかし、リングとオレンジは、例えば、果物としての大きさや、重さあたりの値段等において比較することは可能である。従って、問題は、比較のためにどのような共通の尺度を選択するか、という点に存在することになる。これを司法審査に当てはめれば、balancingモデルにおいては、比較を行う裁判官が、比較のための共通の尺度を選択する際に、個人的嗜好を混入してしまう恐れが生じることになる。従って、balancingモデルが平等保護審査のモデルとして機能するには、裁判官の個人的嗜好を反映しないような比較の尺度を設けることが課題となる。

第二に、balancingモデルにおいては、比較の尺度が確定しただけでなく、比較される対象も確定はしていない。つまり、「リング」も「オレンジ」も確定してはいないのである。仮に、平等保護審査の場面において、一方の個人の利益は当該訴訟において主張されている利益であるから、ある程度確定しうるとしても、先述のように、立法目的認定の手法は確立されていないから、立法目的は無数に存在しうる。この点から、第一の批判とあわせて考えると、balancingモデルにおいては、考えられる全ての立法目的をリストアップして、それら全てに共通する比較の尺度を設定しなければならず、それは裁判所に対して不可能を強いることになる。

第三に、仮に適切な利益や立法目的を特定し、共通の尺度で比較することが可能であるとしても、裁判所(特に連邦最高裁)は、balancingによって、当該事案を解決するだけでなく、政府の権限と個人の権利についての一般的原理を確立することになる。とするなら、当該事案の当事者だけでなく、それ以外の個人の利益や社会的利益をも考慮に入れるべきではないかということが指摘できる。従って、balancingモデルにおいては、

誰の利益を考慮に入れるべきかについても解決しなければならないことになる。

続いて、外在的批判としては、第一に、諸利益のバランスングは本来立法府の任務であって、裁判所がそれを行うのは立法権の篡奪にあたるということが指摘できる。これに対してバランスングモデルがなしうる最善の回答は、立法府におけるバランスングが社会的福祉の最大化や選挙民の期待にこたえるために行われるのに対し、裁判所におけるバランスングは、憲法の合理的な理解を求めて行うという点で大きな違いがあるから、これは立法権の篡奪ではなく、立法府の判断を補うものである、というものである。つまり、裁判所は、憲法条項と立法府のよき社会についての判断を調和させるためにバランスングを行っているということである。しかし、この応答を受け容れるにしても、立法府による価値判断を、いかにして憲法上の価値判断にコンバートするかという問題が残る。

第二に、バランスングモデルは、憲法上の原理を特定の憲法問題の解決に関連した諸利益の衡量によって発見されるものとする。このことによって、バランスングモデルは、憲法解釈の問題としてきた憲法についての議論を、政府行為の合理性の議論へと移行させてしまう。このことによって、憲法原理による政府行為に対する抑制機能が失われてしまう。

(3) 以上のようなバランスング批判は、本稿で論ずる平等保護審査の第三のモデルとしてのバランスングモデルにも妥当するだろうか。

バランスングにおいて当事者以外の利益も考慮すべきとする第三の内在的批判と、憲法上の議論を政府行為の合理性の問題に移し変えるという第二の外在的批判は、本稿で論ずるバランスングモデルには必ずしも該当しないと考えることができる。先述のように、これらの批判の前提には、バランスングは個人の権利と政府権限についての一般的原理を確立するものであるとの理解が存在する。しかしながら、本稿で論ずる平等保護のバランスングモデルは、政府権限や個人の平等保護の権利についての一般的原理の確立を目指すものではない。このモデルは、正当化モデルにおいて前

提とされる平等保護についての一般的原理と、憲法規範確定モデルによって確立される政府権限についての一般的原理がカバーしきれない、個人の法的利益と立法府の権限内での行為の目的とを衡量することによって、権利についての「合理的不一致」のなかでの司法的判断という任務の遂行を目的とするものである。従って、そこでの判断は当該訴訟において立法が正当化されるか否かを示すものではあっても、憲法上の利益と政府権限⁽⁹³⁾についての一般的原理の確立を目指すものではない。

balancingに対する第一の内在的批判は、個人の利益と立法目的との間に共通する尺度の選択の恣意性を問題とするが、実は、尺度の選択自体には何ら恣意性は存在しないと考えることができる。その理由は、第一に、balancingモデルにおいて衡量される個人の利益と立法目的の源泉は、共に憲法であるという点で共通している⁽⁹⁴⁾。一方で、立法府は、憲法の前文に規定された福祉や国防、また憲法によって明示的に与えられた権限、さらには権利章典等から、自らの行為の根拠を引き出す。また、個人は、とりわけ憲法上明記されていない利益を憲法上保護に値するものとして主張する場合、憲法に規定された自由の解釈等を通じてその利益の根拠を見出す。そして第二に、balancingモデルにおいて比較される個人の利益と立法目的は、確かに相互に独立してはいるが、憲法という共通の源泉を有するがゆえに、互いに第三のファクターである憲法適合性(constitutionality)を確定することが可能である。従って、個人の利益と立法目的は、量的に比較することは不可能であるとしても、どちらがより憲法に適合しているかという尺度から言及することは可能であると考えることができる⁽⁹⁵⁾。これによって、立法府による価値判断の憲法上の価値判断へのコンパートは不可能とする第一の外在的批判も回避することができる。

しかしながら、尺度の選択自体の恣意性が回避できるとしても、個人の利益と立法目的にウェイトをどれだけ置くかを決定する際に恣意がはたらく可能性は否定できない。また、先述のように、balancingの俎上⁽⁹⁶⁾にのせられる個人の利益と立法目的は無数に存在するという第二の内在的批

判を回避することは困難である。balancingによる一般的原理の確立を目的としない場合、考慮すべき個人の利益は、当該訴訟において問題となっている立法によって脅かされる利益とある程度限定的に捉えることが可能であるが、立法目的はやはり無数に存在しうる。とするなら、その結論は裁判官の匙加減ひとつで左右されてしまい、ある場合には不当に個人の利益を制限してしまい、他の場合には不当に立法府の価値判断を覆してしまうことになる。すると、「マディソンのジレンマ」は、原理的なレベルにおいては生じないかもしれないが、個々のケースにおいては一層深まってしまうようにも思える。ではやはりbalancingモデルを放棄して、「合理的不一致」のなかであえて平等保護の権利を定義することを目指すのだろうか。それとも、何らかの適切な目的審査の手法が存在するのだろうか。

VI あるべき目的審査をめざして

1 1995年開廷期—balancingの幕開け?—

前章における考察から、平等保護審査は多くの場合、balancingモデルとして理解せざるをえないのではないか、そうであるならば、衡量される利益は無数に存在し、そのため裁判官の恣意に結論が左右されてしまう危険性があるというbalancing批判を回避することは相当に困難なのではないかとの結論を得た。

この傾向は、連邦最高裁における平等保護審査の実際の運用からも推察できる。Sunsteinによれば、1995年開廷期の平等保護条項をめぐる判決は、伝統的な三段階の審査基準の境界が緩和され、諸利益のbalancingへと移行したことを示している点で、平等保護審査の転換点をなしている⁽⁹⁶⁾という。

その1995年開廷期の判決の具体例として、United States v. Virginia⁽⁹⁷⁾判決と、Romer v. Evans⁽⁹⁸⁾判決をとりあげてみたい。Virginia判決では、

ヴァージニア州からの資金援助を受けており、州議会の統制下にあるヴァージニア軍事大学(Virginia Military Institute、以下 VMI)における入学を男性にしか認めない運営方針が平等保護条項に適合するか否かが争われた。Ginsburg 裁判官執筆による法廷意見は、本件の争点を、VMI によって提供される訓練やそれに伴う機会から意欲と能力を有する女性を排除することが平等保護条項に反するかという点にあるとして、州がこれを擁護するためには「極めて説得的な正当化根拠(exceedingly persuasive justification)⁽⁹⁹⁾」を証明しなければならないとした。そしてこの証明は、従来の中間審査基準の要件、つまり、争われている区別が、重要な政府目的に仕えるものであり、かつその目的の達成に実質的に関連していることを示すことによってなされなければならないとした。その上で法廷意見は、そもそも VMI の目的は、「学習への愛情を植え付けられ、リーダーとしての役割と態度に自信を持ち、公共のサービスに関する高度の感覚を持ち、アメリカの民主主義と自由な事業システムを支持し、国家的危機の際に祖国を守る覚悟ができた…民兵(citizen soldiers)を育成すること」⁽¹⁰⁰⁾にあると認定した上で、この目的は、女性を適応させることが可能なほど重要な目的であり、それ故にこの目的は女性を排除することによって実質的に促進されるものではないとして、それが「極めて説得的な正当化根拠」とはならないと判断した。⁽¹⁰²⁾他方で、Scalia 裁判官の反対意見は、中間審査基準において考慮されるのは平均的な女性であり、意欲と能力を有する女性の利益の制限を論ずる法廷意見を批判する。⁽¹⁰³⁾そして法廷意見によって認定された VMI の目的は、実はヴァージニア州の全大学の目的であり、VMI 独自の目的は、そういった全ての大学に当てはまる目的を、軍事的で、過酷な教育方法を採用し、全て男性という環境で生徒に教授することにあると認定した。⁽¹⁰⁴⁾そしてこの目的は、効果的な大学教育の提供という重要な州の目的の一環であり、かつ VMI が女性を受け容れればその独自の教育環境は変化してしまうから、この目的は女性の排除という手段と実質的な関連性を有すると判断した。⁽¹⁰⁵⁾

もうひとつの Romer 判決においては、州の機関が同性愛者や両性愛者を差別から保護することを禁ずるコロラド州憲法の修正条項の平等保護条項適合性が問題となった。Kennedy 裁判官執筆による法廷意見は、同修正条項は、同性愛者を他の市民と同等の地位に戻すのではなくて、多くの差別禁止条例を無効とし、現状に大きな変更を加えるものであるとして、立法における区別は、それが何らかの正統な目的に合理的に関連している限りは支持されるとして、合理性の審査基準を適用することを明らかにしながらも、次のような理由で同修正条項を平等保護条項違反とした。法廷意見によれば、同修正条項は、同性愛者という特定の集団を選び出し、彼らは法による特定の保護を何ら享受すべきではないと一般的に宣言することによって、あらゆる正統な正当化根拠も偽りであると示すような直接的で継続的な現実の損害を彼らに課すものであり、その目的は「人々を区別したいがために区別する」という集団に対する敵意(animus)に他ならず、同修正条項は正統な目的を有しているということではできないとした。⁽¹⁰⁶⁾ 他方、Scalia 裁判官による反対意見によると、同修正条項は、同性愛者の特別な取り扱いを禁止するのみであって、それは従来より連邦議会や連邦最高裁によって認められてきた、政治的影響力の強い少数者に対抗して法を通じて伝統的な性道徳を復活・維持させる「文化闘争(Kulturkampf)」の一環であるから、その目的のために同性愛者に特別な保護を与えることを禁ずることには合理的根拠が認められるとした。⁽¹⁰⁷⁾

この両判決における法廷意見は、個々のケースで制限されている個人の利益を具体的に認定し、それに応じて立法目的の重要性和手段との関連性の要件を厳しく要求していると考えることができる。このことは、Virginia 判決において法廷意見が「意欲と能力のある女性に対する教育の機会」を問題としたのに対し、Scalia 裁判官が伝統的手法にこだわりあくまでも「平均的女性」を問題にしたこと、そして Romer 判決において法廷意見が当時の同性愛者保護に関する状況を考慮して「諸々の差別保護条例による保護」を問題としているのに対して、Scalia 裁判官が州憲法修

正を文字通り理解し「特別な保護を否定する」ものに過ぎないとしている点によく表れている。確かに、両判決における法廷意見と Scalia 反対意見は、言葉の上では同じ中間審査基準や合理性の審査基準を適用しているが、問題となっている個人の利益の認識に依じて、法廷意見は正当化要件をやや厳しくしていると考えることができるのである。⁽¹⁰⁸⁾

2 立法目的の一般性と重要性・関連性

両判決の法廷意見と Scalia 裁判官の反対意見における目的の重要性と手段との関連性の要求における厳緩の相違は、三段階の審査基準がもともと有する境界線の曖昧さ⁽¹¹⁰⁾を考えるならば、balancingモデルを採用すると否とに関わらず、不可避免的に生ずるものなのかもしれない。とするなら、個々の判決における目的の重要性と手段との関連性の要件の範囲を明らかにしていくための目的審査の手法が模索されるべきであろう。この方向を指向するのが、Green による研究である。

Green は、この両判決における法廷意見と反対意見の相違から、立法目的の重要性と、手段との関連性⁽¹¹¹⁾について、一定の相関関係を読み取る。まず、Virginia 判決においては、法廷意見が、VMI の目的を広く一般的に「民兵の教育」と認定して入学からの女性の排除という手段との実質的関連性を否定しているのに対して、Scalia 裁判官の反対意見は、VMI の目的をより限定的に「VMI 独自の環境における民兵の教育」と認定して手段との実質的関連性を肯定している。しかも、前者の目的は、後者の目的よりも、州全体に関わるだけに、重要である。このことから、立法目的が広く一般的に認定されればそれだけ重要性は大きくなるが、手段との関連性は希薄になるということがいえる。他方、Romer 判決においては、法廷意見は州憲法修正の目的を狭く「区別それ自体が目的」とであるとして正統性を否定したのに対し、Scalia 裁判官の反対意見は、同修正の目的を性道徳をめぐる「文化闘争」としてより広く認定し、手段との合理性を肯定している。このことから、立法目的が狭く具体的に認定されればそれだ

け、手段との関連性は強くなる（「区別それ自体が目的」）が、重要性は小さくなるということがいえる。

以上を整理するならば、立法目的は、①一般的に広く認定されればそれだけ重要性は大きくなるが、手段との関連性は薄くなる、②限定的に狭く認定されればそれだけ重要性は小さくなるが、手段との関連性は強くなる、ということがいえる⁽¹¹²⁾。従って、裁判官は、重要性の要件に適合しなくなるまで立法目的を具体的に狭く認定し、また手段との関連性の要件に適合しなくなるまで立法目的をより一般的に広く認定することが可能となる。裁判官は、立法目的の一般性を操作することで、自らの好む結論を導きうることになる⁽¹¹³⁾。Green は、この可能性を最小限にとどめるべく、次節に挙げるふたつの手法を提唱する。

3 目的審査の手法

(1) 限定された目的：立法目的の一般性を操作することの問題性は、従来から意識されており、連邦最高裁の諸判決の分析を通じて、それを回避するためのルールが模索されてきた。第一に、一定の領域に立法が規制を行う場合には、その目的は必ずある目的でなければならないとする「必須の(mandatory)目的」のルールと呼ばれるものが挙げられる⁽¹¹⁴⁾。例えば、選挙区の再区割りや議席の再配分が行われる場合の、「全ての市民の公正で効果的な代表の促進」という目的がそれにあたる⁽¹¹⁵⁾。更に Green は、これに加えて、陪審員の選出のような裁判手続の領域における「公正で不偏的な審理の達成」という目的も必須の目的にあたる⁽¹¹⁶⁾とする。Green によれば、これらの領域において必須の目的が要求される理由は、その領域が政治的利益と絶縁された不偏的な性質のものとして維持されるべき領域であるという点に求められる⁽¹¹⁷⁾という。

第二に、ある一定の目的が認定された場合に、これを目的審査において考慮してはならないとする「許されざる(impermissible)目的」のルールと呼ばれるものがある⁽¹¹⁸⁾。例えば、先に紹介した Virginia 判決の法廷意見は、

州は男女の役割や能力についての固定観念に基づいて資格ある個人に機会を否定してはならないとして、性に基づく固定観念を許されざる目的としている。⁽¹¹⁹⁾ また同様に、子供に対する監護権を有する離婚した同人種の夫婦の一方が他人種の異性と生活を共にし始めたことを理由として、離婚した夫婦の他方が監護権の引渡しを要求した事案である *Palmore v. Sidoti* 判決において、連邦最高裁は、法は私的なバイアスに効力を与えることはできないとしている。その他にも、従来「許されざる目的」の例として、「政治的に不人気な集団を害する欲望」⁽¹²¹⁾、「新しい移住者より定住者を優遇すること」⁽¹²²⁾ 等がしばしば挙げられている。

しかしながら、これらのルールには問題がないわけではない。例えば、「必須の目的」の一例として挙げられる「公正で不偏的な審理の達成」についていえば、そこに含まれる「公正」や「不偏的」という目標は、実は「法の平等な保護」と同様、その言葉自体に解釈の余地が残るために、このルールを受け容れて同じ立法を審査しながらも、なお異なった結論を導きうることになる。⁽¹²³⁾ また、「許されざる目的」のルールについては、Green 自身や他の論者も認めるように、その背後に実体的な平等保護条項の原理が存在していなくてはならない。⁽¹²⁴⁾ そうでなければ、そもそもなぜその目的が許されないのかについての説明が不可能となる。⁽¹²⁵⁾ このように、「必須の目的」や「許されざる目的」のルールが平等保護の実体的原理を必要としているとすれば、本稿の立場からは、平等保護条項の核に該当する限りでのみ、用いることが許されることになるであろう。⁽¹²⁶⁾

(2) ボーダーポイント理論：Green は、以上のルールに加えて、以下のような「ボーダーポイント理論」⁽¹²⁷⁾ を提唱している。先述のように、ある立法について、その立法目的は、様々な一般性のレベルで無数に存在する。従って、ある立法の平等保護審査において、裁判官が、それらの立法目的のなかから任意の一立法目的を選び出して結論を下す場合、他の立法目的が同様の審査基準を通過するか否かが示されていないために、その結論を下す根拠としては不十分である。しかしだからといって、様々な資料

から認定しうる全ての立法目的について審査することは、事実上不可能である。ところが、先述の立法目的の一般性とその重要性・手段との関連性の関係を考慮すれば、裁判官は、ある立法について結論を下す場合に、ふたつの立法目的について審査すればよい。それは、手段との関連性の要件を満たす立法目的のなかで最大限の重要性を持つ立法目的(Gen_{B1})と、重要性の要件を満たす立法目的のなかで最も手段との関連性が強い立法目的(Gen_{B2})である。従って、 Gen_{B1} と Gen_{B2} のどちらか一方が、重要性の要件と関連性の要件のいずれも満たさない場合、それは他のいかなる一般性のレベルの立法目的も要件を満たさないことになるから、その立法を無効とするに十分な根拠となる。というのも、もし Gen_{B1} が要件を満たさないとすれば、定義上、それは重要性の要件でなければならない。 Gen_{B1} は、これ以上重要性が増せば関連性の要件を満たさなくなるぎりぎりの位置にあるから、重要性の要件を満たそうとすれば関連性の要件を満たさなくなる。また関連性の要件を満たす、 Gen_{B1} よりも重要性の低い立法目的は、 Gen_{B1} が重要性の要件を満たさないならば、当然重要性の要件を満たしえない。このことは、「 Gen_{B1} 」を「 Gen_{B2} 」に、「重要性」を「関連性」にいい換えれば、 Gen_{B2} についても同様である。従って裁判官は、重要性の要件は満たすが関連性の要件を満たさない立法目的を認定した場合は一般性のレベルを下げ、また逆の場合は一般性のレベルを上げることによって、両方の要件を満たす立法目的または要件を満たさない Gen_{B1} や Gen_{B2} にあたる立法目的を示す努力をしなければならないことになる。

このGreenの理論は、一般的原理が機能しえない場面での立法目的の審査のあり方を示す点で画期的であるが、問題が存在しないわけではない。というのも、この理論が有効に機能するためには、当該立法に適用される目的の重要性と手段との関連性についての要件が、予め定まっている必要がある。そうでなければ、そもそも Gen_{B1} と Gen_{B2} の位置が明確とはならない。Greenは、これが明確でないのは従来の三段階の審査基準自体がそれぞれの基準の境界線を明確にしてこなかったためで、 Gen_{B1} と

Gen_{B2} を意識した立法目的の審査がなされることによって明確になっていくはずであると主張するが、そのためには、個々のケースにおける要件の設定自体についての議論が欠かせないように思われる。しかも、平等保護審査のbalancingモデルにおいては、その要件はその立法によって制限される個人の利益によって定められるから、もし個人の利益の認定とそれに応じた正当化要件について議論の余地がある場合は、この理論を用いたとしても、結論の根拠は不十分となるかもしれない。従って、同理論は、個別のケースにおいて裁判官自身によって設定された正当化要件のなかでのその裁判官自身の立法目的認定の恣意性を抑制する限りにおいてのみ、その効果を認めるべきであるように思われる。

VII 結びにかえて

1987年、Aleinikoff は、平等保護条項の法理が「balancingの時代」に入っていると指摘した。⁽¹²⁸⁾ また近年に入っても、同様の指摘を行う論者は多い。⁽¹³⁰⁾ しかし、この指摘は全面的に妥当するわけではない。平等保護条項の核となる部分や、政府行為の権限が問題となる場面においては、純粋な正当化モデルや憲法規範確定モデルが十分に機能しうる。従って、少なくとも人種の従属等が問題となる厳格審査基準が適用される典型的な場面と、政府行為の権限が問題となる最低限の合理性の審査基準が適用される場面においては、必ずしもbalancingが必要とされているとはいいい切れない。といっても、他の大部分はbalancingモデルと理解されるから、平等保護審査は「balancingの時代」といって差し支えないであろう。

ところが、balancingモデルは問題が多い。民主的正統性が薄弱だし、天秤に載せる要素は不確定だし、結論が簡単に左右されやすく、それを統制する有効な手段は今のところ存在しない。しかしながら、balancingモデルは、「合理的不一致」のなかで裁判所の任務を果たそうとすれば避けられない。現代社会で平等保護審査が行き着いた先が、このbalan

シングモデルなのである。とするなら、上記のような解決すべき課題は決して少なくない。本稿は、単にそのなかの一部の問題についてその所在を示したに過ぎない⁽¹³¹⁾。

ところで、平等をめぐる我が国の憲法学は、「違憲審査基準の問題に熱中」しており、平等の「原理的問題を棚上げにしたまま所与の立法目的と立法手段の整合性という形式的レベルの議論に関心を集中」しているとし⁽¹³²⁾ばしば指摘される。このような指摘が、原理論と審査基準論とが相互に連携しながら歩むべきとする趣旨ならば、基本的に承認しうる。一方で、審査基準論は、原理的問題を必要としていることを認識すべきである。本稿の観点からも、平等の原理が解明されて、balancingの不要な領域が大きくなるのは望ましい。しかし他方で、balancingが不可避であるように、原理的問題だけで解決できることは少ないことも認識すべきである。Holmes 裁判官の表現を借りれば、「一般的命題は、具体的な事件を解決しない⁽¹³³⁾」。

従って今後目指すべき道は、原理論に根ざした審査基準論であるのは当然である。また同時に、平等の原理論も独立して追及されるべきではなく、現在の審査基準の問題点を認識した上での「いかに保護するか」を目指す原理論でなければならないであろう。とするならば、とりあえずは一方の審査基準論に「熱中」するのも悪くはないのかもしれない。ただ、「熱中」が盲目となって安易にアメリカ型の違憲審査基準の外観に魅了されないようにしなければならない。アメリカ型の違憲審査基準を受け容れる際には、そこに潜む危険な側面をも受け容れる覚悟ができていなければならない。相手のもつ表の面と裏の面を知ってから、交際を申し込むべきである(あった)のではないだろうか。

- (1) 最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁；最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁。
- (2) 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。
- (3) 芦部信喜『憲法学II 人権総論』（有斐閣、1994年）232-5頁。この点に関する学説状況について、市川正人「表現の内容規制・内容中立規制二分論」長谷部恭男編

- 著『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社、1995年)99頁以下。
- (4) 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁; 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。参照、長谷部恭男『憲法〔第2版〕』(新世社、2001年)238頁。
- (5) Ashutosh Bhagwat, *Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis*, 85 CAL. L. REV. 297, 357 (1997).
- (6) 最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁。
- (7) 常本照樹「平等権判例と司法審査」法学教室200号(1997年)92頁。
- (8) これは、当時の支配的学説でもあった。和田鶴蔵『日本国憲法の平等原理』(三和書房、1971年)255頁。
- (9) 例えば、最大判昭和60年3月27日民集39巻2号247頁は、1965年改正前の所得税法上の、給与所得者と個人事業所得者の区別について、「立法目的が正当なものであり、かつ、当該立法において具体的に採用された区別の態様が右目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り、その合理性を否定することができ」ないとして(同259頁)、「目的審査」、「手段審査」について明確に述べている。
- (10) この点につき、野中俊彦「平等原則と違憲審査の手法」法学教室195号(1996年)17頁と、常本・前掲(7)94頁、戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣、1990年)316頁を比較参照されたい。
- (11) 詳細は、君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、1996年)120頁以下。
- (12) 例えば、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)〔増補版〕』(有斐閣、2000年)30頁; 伊藤正巳「法の下での平等」公法研究18号(1958年)24頁; 同『憲法〔第3版〕』(弘文堂、1995年)249-50頁; 君塚・前掲(11)123頁以下; 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』(青林書院、1995年)478頁; 戸松・前掲(10)325頁; 松井茂記『日本国憲法』(有斐閣、1999年)379頁; 安西文雄「法の下での平等について(四・完)」国家学会雑誌112巻3・4号(1999年)113頁。なお、14条1項後段列举事由それぞれにどの程度の厳格さの審査基準を適用するか、それ以外の事由についても厳格さを増した審査基準を適用すべきかについては、議論が分かれている。
- (13) 君塚・前掲(11)143頁は、目的の合憲性の判断よりも「手段の合憲性を巡る攻防が、その法令等の運命を決めることになろう」とするが、後にみるように、手段の適合性が判断される対象の目的がどう確定されるのかにもその運命は大きく依存するようになる。
- (14) 「いかなる州も、その管轄権の中で何人にも法の平等な保護を否定してはならない。」U.S. CONST. amend. XIV, §1 (関連部分のみ)。邦訳は、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第4版〕』(有斐閣、2000年)330頁。同条項は、州を名宛人としているが、修正第5条を通じて連邦政府にも同様に適用される。See *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 224 (1995) (quoting *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 93 (1976))。
- (15) これには議会による立法だけでなく、それを執行する行政府の活動も含まれるが、以下では主に立法に焦点を置いて記述する。

- (16) K. G. Jan Pillai, *Phantom of the Strict Scrutiny*, 31 NEW ENG. L. REV. 397, 404 n.22 (1997). 平等保護条項の歴史的展開については、Michael Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 MICH. L. REV. 213 (1991); Angela P. Harris, *Equality Trouble: Sameness and Difference in Twentieth-Century Race Law*, 88 CAL. L. REV. 1923 (2000).
- (17) 各審査基準の発展については、戸松・前掲(10)25-91頁に詳しい。
- (18) See, e.g., *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938).
- (19) See, e.g., *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 724 (1982).
- (20) See, e.g., *Adarand*, 515 U.S. at 235.
- (21) Gunther による、「理論上『厳格』で実際には致命的な審査」、「理論上最小限の審査で実際には無審査」という表現はあまりにも有名である。Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term—Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).
- (22) Robert W. Bennett, “Mere” Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory, 67 CAL. L. REV. 1049, 1057-60 (1979); 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）100頁；戸松・前掲(10)30頁。
- (23) 我が国では、「厳格な合理性の基準」を、後にみる「中間審査基準」と同じものとして理解する論述がみられる（芦部・前掲(12)30頁；戸松・前掲(10)118頁）。確かに、前者の基準が発展した延長線上に後者の基準は位置付けられる。しかし、後にみるように、目的審査と手段審査をともに厳しく吟味する後者の基準は、どちらか一方の審査に傾いていた前者の基準とは論理的に区別されるべきであろう。参照、松井茂記「『厳格な合理性』の基準について」阪大法学42号(1992年)629頁以下。
- (24) 芦部・前掲(22)100-10頁。
- (25) Gunther, *supra* note 21, at 21-2.
- (26) 戸松・前掲(10)86頁。
- (27) 同上。
- (28) 参照、藤井俊夫『憲法訴訟と違憲審査基準』（成文堂、1985年）248頁。
- (29) Klarman, *supra* note 16, at 309; Bennett, *supra* note 22, at 1077.
- (30) Cedric Merlin Powell, *Blinded By Color: The New Equal Protection, the Second Deconstruction, and Affirmative Inaction*, 51 U. MIAMI L. REV. 191, 216 (1997).
- (31) *Adarand*, 515 U.S. at 237.
- (32) その経緯について、戸松・前掲(10)93-133頁；君塚・前掲(11)11-63頁。
- (33) Kathleen M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, 293 U. COLO. L. REV. 293, 301 (1992).

- (34) *Id.*
- (35) Robert C. Farrell, *Legislative Purpose and Equal Protection's Rationality Review*, 37 VILL. L. REV. 1, 3 (1992).
- (36) *Id.* See also PAUL BREST, PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING: CASES AND MATERIALS 42 n.19 (Little, Brown & Co., 1975).
- (37) *Id.* at 9.
- (38) See, e.g., Note, *Still Newer Equal Protection: Impermissible Purpose Review in the 1984 Term*, 53 U. CHI. L. REV. 1454, 1456, 1457 (1986) (objective, purpose, end, interest); Charles Fried, *Types*, 14 CONST. COMMENTARY 55, 56, 63 (1997) (purpose, goal, intent); Pillai, *supra* note 16, at 431 (intent, purpose).
- (39) Felix Frankfurter, *Some Reflections on the Reading of Statutes*, 47 COLUM. L. REV. 527, 538-9 (1947).
- (40) Max Radin, *Statutory Interpretation*, 43 HARV. L. REV. 863, 875-6 (1930).
- (41) John Hart Ely, *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, 79 YALE L.J. 1205, 1217-21 (1970).
- (42) See, e.g., *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217, 224 (1971).
- (43) Farrell, *supra* note 35, at 5-6.
- (44) *Id.* at 7-8; BREST, *supra* note 36, at 42. 因みに、合衆国の判例上、表面上は何ら区別を規定していない一般的に適用される立法が、適用の結果差別的な効果を生ぜしめた場合、当該立法が「差別的な目的」をもって制定されたものではない限り、平等保護条項違反とはならないとされている。See *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 246-7 (1976). 区別立法を取り扱う本稿の主題から若干逸れるため、詳論は避けるが、この場合は、通常の「目的審査」と「手段審査」からなる三段階の審査基準の枠組みではなく、独自の手法が採られている (See Note, *To Infer or Not to Infer a Discriminatory Purpose: Rethinking Equal Protection Doctrine*, 61 N. Y.U. L. REV. 334 (1986); Daniel R. Oritz, *The Myth of Intent in Equal Protection*, 41 STAN. L. REV. 1105 (1989).) ため、通常の「目的審査」とは異なるという理解も可能である。しかしながら、ここで問題とされる「差別的な目的」と、通常の「目的審査」における「目的」とは、特に後者が、議会により提示された立法目的を鵜呑みにすることなく裁判所が目的を様々な証拠により認定する場合、「法が達成しようとしている結末は何か」という問いに対する説明という点で、少なくとも立法目的の認定に関しては類似の性質を有すると考えることも十分可能であろう。
- (45) See Richard H. Fallon, Jr., *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343, 347-8 n.14 (1993).
- (46) Bennett, *supra* note 22, at 1071; BREST, *supra* note 36, at 42.
- (47) See, e.g., Radin, *supra* note 40, at 870; Gerald C. MacCallum, Jr., *Legislative Intent*, 75 YALE L.J. 755, 763-85 (1966).
- (48) Bhagwat, *supra* note 5, at 323; Farrell, *supra* note 35, at 10-1.

- (49) See, e.g., JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 137 (Harvard U. Pr., 1980). 佐藤幸治・松井茂記訳『民主主義と司法審査』（成文堂、1990年）228頁。
- (50) Farrell, *supra* note 35, at 11.
- (51) Daniel A. Farber & Philip P. Frickey, *Legislative Intent and Public Choice*, 74 V.A. L. REV. 423, 424 (1988).
- (52) Ely, *supra* note 41, at 1218.
- (53) See Fried, *supra* note 38, at 61.
- (54) Farrell, *supra* note 35, at 14. See also Bennett, *supra* note 22, at 1071-3.
- (55) *Id.* at 25-38.
- (56) Farber & Frickey, *supra* note 51, at 448-52.
- (57) See *Personnel Administrator of Mass. v. Feeney*, 442 U.S. 256, 279 (1979)（法律適用の結果について、立法者が「それにもかかわらず (in spite of)」ではなく、「それゆえに (because of)」立法をしたということが証明されなければならない）。また、前掲注(44)参照。
- (58) Farber & Frickey, *supra* note 51, at 465-8.
- (59) Note, *supra* note 38, at 1471 n.75.
- (60) Bhagwat, *supra* note 5, at 321.
- (61) Gunther, *supra* note 21, at 21-2.
- (62) 参照、戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2000年）215-6頁。
- (63) Bhagwat, *supra* note 5, at 322.
- (64) Gunther, *supra* note 21, at 23-4.
- (65) Bhagwat, *supra* note 5, at 322.
- (66) RICHARD H. FALLON, JR., *IMPLEMENTING THE CONSTITUTION* 81, 89 (Harvard U. Pr., 2001).
- (67) See e.g., ELY, *supra* note 49, at 146（邦訳239頁）；Jed Rubinfeld, *Affirmative Action*, 107 YALE L.J. 427, 436-7 (1997).
- (68) FALLON, *supra* note 66, at 89, 92. See also Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107, 121 (1976).
- (69) See T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943, 977-8 (1987). また、後述第VI章参照。
- (70) ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 16 (2d. ed., Yale U. Pr., 1986) (1962).
- (71) Stephen E. Gottlieb, *Compelling Governmental Interests: An Essential But Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication*, 68 B.U. L. REV. 917, 968 (1988).
- (72) See ROBERT H. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* 139-41 (Simon & Schuster, 1991) (1990); ROBERT A. DAHL, *A PREFACE TO*

- DEMOCRATIC THEORY 31 (U. of Chicago Pr., 1956). 内山秀夫訳『民主主義理論の基礎』(未来社、1970年)60頁。
- (73) Lawrence G. Sager, *Some Observations About Race, Sex, and Equal Protection*, 59 TUL. L. REV. 928, 930 (1985).
- (74) *Id.* at 933.
- (75) David L. Faigman, *Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles Versus Supreme Court Practice*, 78 VA. L. REV. 1521, 1530-9 (1992).
- (76) David L. Faigman, *Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication*, 88 NW. U. L. REV. 641, 670 (1994).
- (77) Faigman, *supra* note 75, at 1529.
- (78) *Id.* at 1537.
- (79) *Id.* at 1530.
- (80) *Cf.* FALLON, *supra* note 66, at 81.
- (81) CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT 67 (Harvard U. Pr., 1999) (「少なくとも、奴隷制は禁止されるし、平等保護条項は、政府は法を、人々を人種や性別を理由に従属化させるために用いてはならないということを意味する」)。See also Sager, *supra* note 73, at 938.
- (82) Sager, *supra* note 73, at 933-4 n.8.
- (83) *Id.*
- (84) Sager 自身も、このことを承認した上で、その福利と道徳的配慮への主張に完全な重要性を認められる集団の一員として扱われるべきことを内容とする「カテゴリーカルな平等」という平等保護の原理について述べている (*Id.* at 942.) が、平等保護の実体的原理についての議論は本稿の対象外であるから、その評価は他の機会に譲ることにする。
- (85) See, e.g., Fallon, *supra* note 45, at 361-4.
- (86) Faigman, *supra* note 75, at 1528 (「もし合衆国憲法が多数者の専制からの防波堤としてはたらくならば、多数者の行為の理由はいかなる行為が専制となるかを定義することはできない」)。なお、Sager は、憲法上の害悪の定義も正当化も必要としない平等審査の類型として、先述の目的を洗い出すかたちの審査を挙げている (Sager, *supra* note 73, at 934 n.8.)。この場合、「X という性質」は、平等保護の権利侵害の proxy に過ぎず、実際に侵害が生じたか否かは確定する必要はなく、生じたとみなすだけでよい (*Id.* at 938-9.) という。しかしながら、この類型に対しても、①平等保護の権利についての一定の理解を前提にしているのではないか、もしそうであるならばそれを明確にする必要があるのではないか、また②そうではなく、一定の禁じられた目的が存在しない限り、平等保護の権利は侵害されていないとかたちで理解すべきであるとするなら (See, e.g., Rubinfeld, *supra* note 67, at 439.)、平等保護の権利の定義が消極的なかたちではあっても立法目的如何に依

存していることになるのではないかという、憲法規範確定モデルに対する指摘と同様の指摘が可能である。

- (87) Faigman, *supra* note 76, at 642.
- (88) このモデルは、当該立法が平等保護条項違反であるという前提からは出発しない。この点で、平等保護条項の禁止に該当する立法がそれ以上の社会的利益によって正当化されるとする Rubenfeld のいう「費用-便益審査」(Rubenfeld, *supra* note 67, at 439.)とは異なる。「費用-便益審査」は、本稿でいう正当化モデルに該当すると考えられる。
- (89) Cf. SUNSTEIN, *supra* note 81, at 252-5.
- (90) Cf. Faigman, *supra* note 76, at 661-4.
- (91) Note, *Legislative Purpose, Rationality, and Equal Protection*, 82 YALE L.J. 123, 124 (1972).
- (92) Aleinikoff, *supra* note 69, at 972-95.
- (93) Cf. SUNSTEIN, *supra* note 81, at 10-4.
- (94) See Gottlieb, *supra* note 71, 932-40.
- (95) See Faigman, *supra* note 76, at 652; David L. Faigman, *Measuring Constitutionality Transactionally*, 45 HASTINGS L.J. 753, 754.
- (96) Cass R. Sunstein, *The Supreme Court, 1995 Term—Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 HARV. L. REV. 4, 77 (1996).
- (97) *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).
- (98) *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).
- (99) *United States v. Virginia*, 518 U.S. at 530-1.
- (100) *Id.* at 533.
- (101) *Id.* at 545.
- (102) *Id.* at 545-6.
- (103) *Id.* at 573, 579 (Scalia, J., dissenting).
- (104) *Id.* at 587.
- (105) *Id.* at 576, 587.
- (106) *Romer*, 517 U.S. at 626-31.
- (107) *Id.* at 632, 635.
- (108) *Id.* at 636, 641 (Scalia, J., dissenting).
- (109) See Sunstein, *supra* note 96, at 77; *United States v. Virginia*, 518 U.S. at 596 (Scalia, J., dissenting); *Romer*, 517 U.S. at 640 (Scalia, J., dissenting).
- (110) Roger Craig Green, *Interest Definition in Equal Protection: A Study of Judicial Technique*, 108 YALE L.J. 439, 442 n.11, 458 (1998).
- (111) *Id.* at 447-51.
- (112) 例えば、「環境保護」という目的は重要性が非常に高いが、様々な立法と関連しうが故に、自動車の定期検査立法との関連は希薄である。他方、「自動車の排

ガス抑制」という目的は、「環境保護」より重要性では劣るが、自動車の定期検査との関連性は密接である。

- (113) See also, Farrell, *supra* note 35, at 15; Gottlieb, *supra* note 71, at 963.
- (114) Note, *supra* note 91, at 151-4.
- (115) See, e.g., Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533, 565-6 (1964).
- (116) See, e.g., J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B., 511 U.S. 127, 136-7, 156 (1994).
Green, *supra* note 110, at 463.
- (117) Green, *supra* note 110, at 464.
- (118) Note, *Impermissible Purposes and the Equal Protection Clause*, 86 COLUM. L. REV. 1184 (1986); Bhagwat, *supra* note 5, at 327-51; Farrell, *supra* note 35, at 43-7; Note, *supra* note 38, at 1468-71; Note, *supra* note 91, at 139-51.
- (119) United States v. Virginia, 518 U.S. at 541-2 (quoting *Mississippi University for Women*, 458 U.S. at 725).
- (120) *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429, 433 (1984).
- (121) See, e.g., U.S. Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528, 534 (1973); *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 446-7 (1985).
- (122) See, e.g., *Zobel v. Williams*, 457 U.S. 55, 65 (1982).
- (123) See, e.g., *J. E. B.*, 511 U.S. at 156 (Rehnquist, C.J., dissenting).
- (124) Bhagwat, *supra* note 5, at 330-1; Green, *supra* note 110, at 472.
- (125) *Zobel*, 457 U.S. at 73 (O'Connor, J., concurring).
- (126) FALLON, *supra* note 66, at 94.
- (127) Green, *supra* note 110, at 454-9.
- (128) *Id.* at 458-9.
- (129) Aleinikoff, *supra* note 69, at 971.
- (130) Sullivan, *supra* note 33, at 299-301; Faigman, *supra* note 76, at 682; Sunstein, *supra* note 96, at 77.
- (131) バランシングモデルは、Marshall 裁判官に代表されるスライディングスケール論と近似しているが、紙幅の都合上その関係について詳論することができなかった。See, e.g., *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471, 520-21 (1970) (Marshall, J., dissenting).
- (132) 長谷部恭男「平等〔実定法学の側から〕」星野英一・田中成明編著『法哲学と実定法学の対話』（有斐閣、1989年）100-1頁。
- (133) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905) (Holmes, J., dissenting).